

LA LLEI GENERAL DE LA COMUNICACIÓ AUDIOVISUAL COM A NORMA BÀSICA ESTATAL I EL SEU ENCAIX EN EL DRET PÚBLIC DE CATALUNYA

Joan Barata Mir

Professor de Dret de la Comunicació i vicedegà de Relacions Internacionals i Qualitat a la Facultat de Comunicació Blanquerna de la Universitat Ramon Llull

Carme Fita Caba

Cap de l'Àrea Jurídica del Consell de l'Audiovisual de Catalunya

SUMARI: 1. Introducció general. – 2. La Llei general de la comunicació audiovisual i la legislació autonòmica catalana de desenvolupament. 2.1. Observacions generals. 2.2. Servei públic audiovisual a Catalunya. 2.3. L'ordenació de la prestació dels serveis de comunicació audiovisual per part de subjectes privats. 2.4. Negocis jurídics sobre les llicències de comunicació audiovisual. 2.5. La publicitat, la televenda i el patrocini. 2.6. Règim d'infraccions i sancions. – 3. Conclusions sobre l'adequació de la LGCA a l'ordre constitucional de distribució de competències. 4. Llista de referències – *Resum-Resumen-Abstract*.

1. Introducció general

L'aprovació de la Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual (LGCA, en endavant), representa una fita realment important dins del panorama legislatiu del nostre país. Es pot afirmar que la LGCA suposa la culminació d'un esforç polític i legislatiu desplegat durant dècades, orientat a dotar finalment Espanya d'una norma bàsica en matèria de serveis de comunicació audiovisual. D'altra banda, també per primer cop ens trobem davant d'una norma reguladora d'aquest sector de la comunicació de forma transversal i per tant sobre la base d'un criteri de neutralitat tecnològica, amb una

estructura sistemàtica i que intenta així mateix situar-se i fins i tot avançar-se al nivell existent de desenvolupament tecnològic. D'altra banda, cal recordar també que la LGCA incorpora al Dret espanyol i desenvolupa els eixos normatius de les previsions contingudes al text refós de Directiva 2010/13/UE, de 10 de març, del Parlament Europeu i del Consell sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres en relació amb la prestació de serveis de comunicació audiovisual (en endavant, Directiva de serveis audiovisuals).¹ Aquesta incorporació, val la pena advertir-ho, es produeix amb més de tres mesos de retard en relació amb la data prevista pel legislador comunitari, la qual és, en qualsevol cas, una deficiència molt menys significativa que la que es va produir en la incorporació de versions anteriors de la Directiva.

Cal dir en definitiva que la LGCA finalment permet situar el règim jurídic de l'audiovisual a un nivell comparable al de la resta de països europeus, sobre la base d'un mínim consens polític i una acceptació de les regles del joc bàsiques per part del sector, i a partir d'un marc jurídic clar, sistemàtic i dotat d'un entorn institucional que permet la seva efectiva aplicació. I si bé és cert que abans de 2010 existia tot un conjunt de normes estatals disseminades pel conjunt de l'ordenament (en molts casos preceptes aïllats en lleis derogades en la pràctica totalitat del seu articulat) difícilment es podia considerar que les mateixes constituïssin un *corpus* mínimament estructurat sobre la base del qual el legislador autonòmic pogués dur a terme una tasca de desenvolupament normatiu. S'ha d'emfasitzar, doncs, que el legislador estatal havia anat establint i derogant, al llarg de prop de 30 anys, normes aïllades, en molts casos *de minimis*, les quals, malgrat allò que preveu l'article 149.1.27 CE, difícilment podien aportar el criteri coherent i clar, com a norma bàsica, que presentaria una llei sectorial estatal que cobrés de forma general i sistemàtica el conjunt de la comunicació audiovisual.²

1. L'esmentada Directiva és la versió consolidada del text normatiu fruit de la darrera reforma de la Directiva 1989/552/CEE, sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres en relació amb la prestació de serveis de televisió, successivament modificada per les Directives 1997/36/CE i 2007/65/CE.

2. Han estat força els treballs crítics amb el marc normatiu regulador de la comunicació audiovisual a nivell de l'Estat des de 1980 fins ben entrat el segle XXI. Entre tots ells segurament cal destacar Laguna de Paz, Juan Carlos, *Televisión y competencia*, Madrid: La

No és l'objectiu d'aquest article glossar en tota la seva extensió el contingut de la LGCA, si bé segurament val la pena dedicar una part d'aquestes ratlles introductòries a destacar alguns elements clau del seu contingut.

La primera qüestió que cal emfasitzar és que la LGCA duu a terme finalment un procés de liberalització del sector de la comunicació audiovisual, eliminant doncs l'“etiqueta” general del servei públic com a qualificació merament formal de la major part de l'activitat consistent en la provisió de serveis de comunicació audiovisual. Més concretament, la utilització de la concessió per a la gestió indirecta del servei públic, com a títol habilitant, constituïa quelcom cada cop menys justificable, de tal forma que allò que allò que realment és rellevant (és a dir, un règim d'intervenció administrativa realment efectiu i proporcionat), quedava desplaçat per un títol formal pràcticament mancat de contingut i amb un gran nombre de problemes d'aplicació pràctica. Cal tenir present, així mateix que, d'acord amb el Tribunal Constitucional, una interpretació del règim de concessió en el sentit d'atorgar als poders públics “titulars” del servei una sèrie de potestats de direcció i control en relació amb les activitats del concessionari (en aquest cas, empreses proveïdores de serveis de ràdio i televisió) resultaria probablement inconstitucional, en la mesura que difícilment una intervenció administrativa d'aquella naturalesa i abast es podria conciliar amb l'exercici d'un dret fonamental.³

El règim europeu de la prestació de serveis audiovisuals és, clarament, un règim basat en la lliure competència, en la mesura en què parlem d'una activitat de naturalesa econòmica amb un determinat impacte i dimensió en termes de mercat interior. Així mateix, és un règim sotmès als límits i principis comuns (per garantir precisament unes regles del joc mínimes i comunes en el conjunt de la Unió), així com a un sistema o règim d'intervenció administrativa, en el marc de la Directiva sobre serveis audiovisuals. Ara bé, cal tenir present que en el sistema comunitari, i com a conseqüència de tot l'anterior, el servei públic, no és doncs un títol genèric d'intervenció administrativa,

Ley, 2000 i Barata Mir, Joan, *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos para una reforma del régimen español*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

3. Resulta clara, en aquest sentit, la Sentència del Tribunal Constitucional 127/1994, de 5 de maig, així com la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 20 de juny de 1989, *Gropper Radio i altres*.

sinó que defineix, de forma precisa, aquell conjunt d'específiques obligacions, en matèria audiovisual, normativament establertes de cara a la satisfacció de determinades necessitats dels ciutadans (no ja dels consumidors genèrics de serveis audiovisuals), i assumides per part de concrets subjectes. D'altra banda, l'assumpció d'aquestes missions o obligacions de servei públic comporta la possibilitat de la seva compensació a través de fons públics (sempre i quan es justifiqui de forma transparent i proporcionada la necessitat de la mateixa) i en definitiva la derogació parcial de les normes de la competència. En definitiva, doncs, la necessària transposició del dret comunitari suposa entendre el servei públic com a un molt concret conjunt de prestacions que en part se sostrauria, en allò que fos necessari, del règim del mercat (encara que es tracti, no cal oblidar-ho, d'un mercat administrativament intervingut), i implicaria la definició específica, per part de la norma corresponent, del seu concret àmbit i abast. Concretament, un nucli de serveis directament situats sota la competència i responsabilitat dels poders públics, orientats a la millora de la qualitat democràtica de l'esfera pública i a la satisfacció de les necessitats informatives, culturals, d'integració social, etc., dels ciutadans.⁴ És precisament sobre la base d'aquestes consideracions que la LGCA distingeix clarament, per primer cop a nivell de la legislació bàsica estatal, entre l'activitat privada consistent en la prestació de serveis de comunicació audiovisual (en el marc doncs de l'exercici de la llibertat d'expressió i d'informació i de la llibertat d'empresa) i els serveis públics pròpiament dits com a activitat situada directament sota la responsabilitat de les institucions de l'Estat, les comunitats autònomes o els ens locals. Advertint, en qualsevol cas, que aquesta concepció consistent en centrar la idea de servei públic dins l'àmbit acotat acabat d'esmentar ja s'apuntava (potser de forma inconscient) per part del legislador estatal en l'aprovació de la Llei 17/2006, de 5, de juny, de la ràdio i la televisió de titularitat estatal.

En segon lloc, la LGCA crea, finalment, una autoritat administrativa independent de regulació de la comunicació audiovisual com a ens encarregat d'aplicar, en bona mesura, les previsions contingudes a la norma. Es tracta concretament del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA, en endavant). La manca d'una autoritat d'aquestes

4. Vegeu la Comunicació de la Comissió Europea 2009/C 257/01 sobre l'aplicació de les normes en matèria d'ajuts estatals als serveis públics de radiodifusió.

característiques amb competències en el conjunt de l'Estat era una omisió que situava a Espanya en una situació d'estranya excepcionalitat en el conjunt de la Unió Europea. I si bé és cert que la Directiva reguladora del sector no exigeix directament als Estats membres disposar d'una autoritat d'aquestes característiques, també ho és que l'absència d'un ens regulador dotat de l'estructura institucional i la capacitat tècnica per a intervenir de forma independent en un sector com l'audiovisual resultava quelcom difícilment explicable i acceptable en termes de maduresa democràtica.⁵ Cal apuntar, però, que aquesta en canvi no ha estat una realitat desconeguda dins l'àmbit autonòmic, començant pel dret públic de Catalunya. L'article 82 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC, en endavant) estableix i defineix el Consell de l'Audiovisual de Catalunya com a autoritat independent de regulació audiovisual al nostre país, en la línia del que ja es va establir vuit anys abans a través de la Llei 2/2000, de 4 de maig, de creació d'aquesta institució. Altres comunitats autònomes, com ara Navarra, Andalusia, València o les Illes Balears disposen o han disposat també d'autoritats semblants, encara que en alguns casos la seva previsió legal o estatutària no s'ha traduït encara en quelcom real.

Finalment, cal dir que, en línia amb les previsions contingudes a la Directiva de serveis audiovisuals, la LGCA estableix una noció àmplia de serveis de comunicació audiovisual, la qual no comprèn només dins l'àmbit objectiu d'aplicació els serveis convencionals de ràdio i televisió, sinó també els anomenats serveis audiovisuals sota demanda. Aquesta ampliació de la matèria objecte de regulació no pot ser tractada aquí degudament,⁶ però cal que sigui destacada en aquest moment, atès que la Llei catalana 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (LCA, en endavant), la qual va ser elaborada en el moment en què es discutia la introducció a la Directiva d'aquesta nova categoria de serveis, ja els va incloure, de forma realment pionera, dins del seu articulat, i avançant-se doncs no només al legislador estatal sinó fins i tot al legislador europeu.

5. Sobre el paper i la importància d'aquest tipus d'autoritats, vegeu Tornos Mas, Joaquín, *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

6. Àmpliament sobre aquest tema a Barata Mir, J., "Las nuevas formas de comunicación audiovisual", a Muñoz Machado, S., *La nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual*, Madrid: Iustel (en premsa).

La darrera qüestió d'importància que cal destacar igualment en el marc d'aquesta introducció és, tal com s'ha apuntat ja, el fet que a Catalunya s'havia avançat a la LGCA i havia aprovat l'any 2005 la LCA, amb la voluntat d'esdevenir una norma sistemàtica i reguladora del conjunt de la comunicació audiovisual de Catalunya. Tal com posa de manifest la seva exposició de motius, la LCA és una norma de desenvolupament dictada a l'empara de les competències que l'article 149.1.27 de la Constitució atorga a les comunitats autònomes en aquesta matèria, si bé resultava en aquell moment problemàtic prendre com a punt de referència un nucli normatiu susceptible de ser entès com a legislació bàsica de referència. És cert, ja s'ha dit, que existia un grup de normes estatals que giraven a l'entorn de les previsions originàriament contingudes a la norma "de capçalera" del règim espanyol de l'audiovisual durant més de trenta anys: la Llei 4/1980, de 10 de gener, de l'estatut de la ràdio i la televisió. Això no obstant, l'obsolescència a nivell tecnològic, la fragmentació, la falta de sistemàtica i fins i tot la incongruència del conjunt de normes estatals vigents obligaven al legislador autonòmic a fer una tasca no ja d'hermenèutica, sinó directament d'inferència d'una legislació bàsica que pogués encaixar en la realitat tecnològica i mediàtica de l'audiovisual del segle XXI. Legislació que era doncs inexistent en aquell moment.

Totes aquestes circumstàncies emmarquen l'aprovació del text de la LCA l'any 2005, el qual es troba clarament en línia amb les modificacions normatives a nivell europeu que culminarien amb la reforma de la Directiva de l'any 2007, així com amb els requeriments propis d'una legislació adaptada als canvis tecnològics i d'una nova interpretació constitucional de l'abast de la llibertat d'expressió i d'informació superada ja abastament l'època del monopolis en la matèria. Això dona lloc, evidentment, a una norma innovadora en el conjunt de l'Estat la qual, per exemple, supera l'esquema tradicional de la "publicatio" del conjunt del sector, aparcant doncs el règim concessionari i separant ja servei públic i prestació privada; així com a una regulació de la comunicació audiovisual que cobreix no ja només la ràdio i la televisió convencionals per ones hertzianes, sinó tots els serveis audiovisuals, sigui quina sigui la tecnologia de difusió o distribució emprades, per destacar els trets més paradigmàtics de la norma.

Davant d'aquesta situació, concretament l'absència d'una norma bàsica adaptada als nous temps, la qual hauria de donar plena cobertura a la tasca duta a terme per part del legislador català, el President

del Govern central decideix impugnar una part significativa dels preceptes continguts a la LCA davant del Tribunal Constitucional,⁷ entenent que no respecta la legislació bàsica formalment vigent en aquell moment. La decisió de l'alt tribunal resta pendent a hores d'ara, però és evident en tot cas que l'aprovació de la LGCA altera considerablement els paràmetres del problema, en la mesura en què els eixos fonamentals de la nova llei bàsica estatal, en especial pel que fa als dos grans aspectes que han estat destacats en el paràgraf anterior, passen ara a estar plenament en línia amb allò que en el seu dia havia ja previst la legislació catalana.

La impugnació directa per part del Govern de l'Estat de la LCA va significar, sobre la base de l'article 30 de la Llei orgànica 2/1979 i 161.2 de la Constitució, la suspensió de la part del seu articulat objecte de qüestionament. Això no obstant, mitjançant Resolució Interlocutòria de 18 de gener de 2007, el Tribunal Constitucional decideix aixecar la suspensió pel que fa a la pràctica totalitat de preceptes impugnats, mantenint-la només en relació a dos àmbits en els qual entén el Tribunal que l'aplicació immediata de les innovacions normatives previstes al legislador català podria presentar efectes irreversibles o greus distorsions en relació amb el pronunciament que finalment s'adoptés. Es tracta, concretament, de les previsions relatives a la impossibilitat de transmissió dels títols habilitants i als preceptes que estableixen el procediment de transformació de les concessions corresponents en llicències.

2. La Llei general de la comunicació audiovisual i la legislació autonòmica catalana de desenvolupament

2.1. Observacions generals

Resulta doncs especialment interessant i complex, en aquest context, algunes de les possibles divergències o desajustaments entre la norma bàsica estatal i la llei capçalera de la comunicació audiovisual a Catalunya. Òbviament, sense ànim d'efectuar un anàlisi exhaustiu

7. Aquesta impugnació té lloc el 31 de juliol de 2006, donant per finalitzat un poc fructífer període de negociacions entre el Govern de l'Estat i el Govern de la Generalitat de Catalunya, emprès a l'empara de l'article 33.2 de la Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional.

de l'articulat de la LGCA, sí resulta oportú observar com ha resolt el legislador estatal alguns aspectes, podríem dir, fonamentals del marc jurídic bàsic del sistema de comunicació audiovisual, i en aquest sentit, com encaixarien les seves previsions en les de la LCA.

Insistim, d'entrada, en que la norma estatal és norma bàsica, atesa la competència que ja hem vist que la Constitució espanyola reserva a l'Estat en matèria de comunicació audiovisual (article 149.1.27), i per tant, des d'aquesta perspectiva encaixa a priori en el model constitucional una llei autonòmica que, tot respectant el marc bàsic, reguli de manera sistemàtica tots els elements i aspectes que conformen la matèria audiovisual pel que fa al territori de Catalunya. I en el joc de la legislació bàsica i legislació autonòmica de desenvolupament, la legislació catalana podrà fins i tot incorporar una regulació més restrictiva de la prevista en termes mínims per part de la llei bàsica estatal. El que no podrà fer en cap cas la legislació autonòmica catalana, com és prou conegut, és incorporar regulacions que directament contravinquin allò previst en la norma bàsica estatal, especialment si tenim en compte que correspon a aquesta darrera establir un sòcol mínim de drets que són comuns a tots els ciutadans sigui quina sigui la comunitat autònoma en què resideixin o dugui a terme les seves activitats.

D'altra banda, ja s'ha advertit de les concretes circumstàncies temporals en què es produeix la relació de competència entre les previsions contingudes a la LCA i la LGCA. Concretament, hem explicat com la LCA s'aprova ni més ni menys que cinc anys abans que la norma bàsica estatal, i sobre la base d'un discutit procés d'inferència d'allò que haurien de ser les bases estatals en la matèria. Aquest fet condiciona, evidentment, els paràmetres interpretatius que caldrà emprar, havent de tenir en compte de manera particular allò que preveu la clàusula de prevalença prevista l'article 149.3 de la Constitució. Seguint el posicionament doctrinal més raonat en aquesta matèria, caldrà entendre que la norma bàsica estatal desplaçarà (si bé que formalment no pot anul·lar ni fer perdre la seva vigència) aquells preceptes autonòmics en relació amb els quals resulti impossible, des d'un punt de vista hermenèutic, d'encaixar-los en el nou marc jurídic bàsic.⁸

8. Vegeu en aquest sentit, Albertí, Enoch; Aja, Eliseo; Font, Tomàs; Padrós, Xavier; Tornos, Joaquim, *Manual de Dret Públic de Catalunya*, Barcelona: Marcial Pons-IEA, 2002, pp. 123-125.

En conseqüència, i segons veurem a partir d'ara, l'aprovació de la LGCA donarà lloc al desplaçament de l'aplicació de determinats preceptes de la LCA, mentre en altres casos podrem interpretar, malgrat el seu ordre invers d'aprovació, que el que fan determinats preceptes de la segona és desenvolupar o innovar dins del marc delimitat per la primera. Finalment, hi hauria un tercer grup de casos en què l'encaix entre normativa bàsica i estatal requerirà d'un exercici interpretatiu complex i haurem de buscar solucions que permetin una articulació acceptable entre els dos cossos normatius. Tot plegat, lògicament, sens perjudici que en alguns casos ens haguem de plantejar, en darrera instància, fins a quin punt la LGCA encaixa amb el concepte constitucional de bases o bé es mou dins d'una interpretació excessivament extensiva que envairia l'àmbit competencial autonòmic en matèria de desenvolupament.

2.2. Servei públic audiovisual a Catalunya

El Títol III de la LCA estableix les característiques i els elements definidors de la prestació del servei públic audiovisual a Catalunya. A aquests efectes, cal tenir present que l'Estatut d'Autonomia de Catalunya preveu expressament, que correspon a la Generalitat, en matèria de serveis de ràdio i televisió "(...) la competència exclusiva sobre l'organització de la prestació del servei públic de comunicació audiovisual de la Generalitat i dels serveis públics de comunicació audiovisual d'àmbit local, respectant la garantia de l'autonomia local" (lletra a) de l'apartat 1 de l'article 146).

Malgrat que l'expressió "organització de la prestació" resulta fins a cert punt ambigua, i sembla doncs posar de manifest una certa voluntat d'acotar la competència autonòmica en matèria de servei públic, concretament a allò que la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny, anomena un "àmbit merament funcional" (FJ 89), podem afirmar que el gruix de les decisions en matèria d'aspectes organitzatius, de finançament i d'atribucions en relació amb la prestació del servei públic audiovisual, tant per part dels ens locals com per part de la Generalitat de Catalunya resta en mans del legislador autonòmic.

El Títol III de la LCA regula, entre d'altres, la definició, l'abast i les missions dels diversos nivells del servei públic de comunicació au-

audiovisual –articles 23 i 24–; estableix les obligacions que han de complir els prestadors del servei –article 2–; preveu la relació de les missions específiques de servei públic –article 26–; estableix els principis d’organització i funcionament de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals –article 29– i del servei públic d’àmbit local –article 33–, així com els instruments per garantir el compliment de la funció de servei públic –article 30–; fixa, també, el sistema de finançament del servei públic de comunicació audiovisual –articles 31 i 34–; i, finalment, defineix i disposa l’abast i la forma de gestió del servei públic de comunicació audiovisual d’àmbit local –article 32–. Tot plegat, d’altra banda, sens perjudici d’allò que estableix la (també prèvia a la LGCA) Llei 11/2007, d’11 d’octubre, reguladora de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals, bàsicament mantenint i desenvolupant el model clarament fixat ja en el marc de la LCA.

Si fem ara una lectura comparada del Títol III de la LCA i el Títol IV de la LGCA, on es conté precisament la regulació de la prestació del servei públic de comunicació audiovisual, no s’observen diferències substancials entre els dos textos, que segueixen, amb variacions de matis, un mateix model d’organització i prestació. Això sí, determinats extrems de la regulació estatal resulten d’aplicació directa als prestadors públics catalans, i, en aquest sentit, s’addicionen a la regulació de la LCA. Així succeeix, per exemple, en relació amb l’article 40 (definició general del servei públic i establiment dels seus diferents àmbits territorials de prestació); l’apartat 3 de l’article 41 (necessitat que per part de l’autoritat audiovisual competent es faci una anàlisi de l’impacte de mercat dels nous serveis que es prestin); els apartats 1 i 2 de l’article 42 (límits en matèria de participació en prestadors privats i criteris bàsics de gestió pública); i els apartats 4 a 9 de l’article 43 (criteris en matèria de finançament i obtenció d’ajuts públics). Cal tenir present que aquestes darreres previsions es troben directament vinculades amb les normes i comunicacions de la Unió Europea en matèria d’ajuts estatals als serveis públics de radiodifusió, algunes de les quals foren aprovades poc abans de la discussió parlamentària de la LGCA.⁹

Finalment, cal assenyalar un dels canvis fonamentals, i ja apuntat en apartats anteriors, que suposa l’aprovació de la LGCA. Un canvi, per

9. Comunicació 2009/C257/01 sobre ajuts estatals per al finançament dels serveis públics de radiodifusió.

cert, que se situa en la línia del que havia ja establert l'any 2005 el legislador català en el marc de la LGCA, si bé en aquell moment resultava discutible com a opció de política jurídica en absència d'una llei bàsica en el mateix sentit. Es tracta, ja ho hem vist, de la delimitació de la noció de servei públic a la prestació de serveis audiovisuals sota la competència i responsabilitat dels ens públics corresponents (Generalitat i ens locals) apartant doncs aquest concepte del que seria la prestació de serveis de comunicació audiovisual per part de subjectes privats. Com és evident, l'aprovació de la LGCA fa que, finalment, existeixi una plena sintonia entre la legislació catalana i estatal en aquesta matèria.

2.3. L'ordenació de la prestació dels serveis de comunicació audiovisual per part de subjectes privats

El Títol IV de la LCA regula la prestació privada de serveis de comunicació audiovisual. La Llei estableix que la prestació d'aquests serveis resta sotmesa al règim de llicència, si els serveis es presten mitjançant la utilització de l'espectre radioelèctric, i al règim de la comunicació prèvia si empen altres tecnologies. Identitat de model, llevat d'algunes particularitats, que el previst a la LGCA, al seu Títol III.

Ara bé, dins els Títols respectius, ambdues normes fan referència específica a la garantia del pluralisme i control de les concentracions en la comunicació audiovisual, tot introduint tot un seguit de regulacions específiques, fruit, podríem dir, de dues visions no idèntiques sobre el grau i la intensitat de la intervenció pública en aquesta matèria.

El principi del pluralisme s'explica, habitualment, en un doble direcció: d'una banda, el pluralisme extern, com a pluralitat que en augmentar l'oferta informativa, contribueix a fer possible un major pluralisme en els continguts. De l'altra el pluralisme intern, que intentaria introduir mecanismes de control per donar accés als mitjans audiovisuals a totes les veus del panorama social i polític.

Com assenyala la pròpia Exposició de Motius de la LCA "(...) el Consell de l'Audiovisual de Catalunya, en l'exercici de les seves funcions d'ordenació, garanteix el pluralisme de la comunicació audiovisual. Aquest pluralisme [extern] comporta la diversitat en l'oferta dels serveis de comunicació audiovisual i, per tant, l'existència d'una plurali-

tat de mitjans de comunicació autònoms que posen a la disposició del públic una oferta de continguts audiovisuals diversa”.

I en aquest matèria el cert és que les regulacions autonòmica i estatal difereixen. En efecte, l'article 41 LCA que s'intitula “Modificació de l'estructura accionarial o empresarial dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual” subjecta a l'autorització prèvia del Consell de l'Audiovisual de Catalunya qualsevol projecte de modificació de l'estructura accionarial o empresarial dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual.

Aquest precepte, però, no troba correlatiu a la legislació bàsica estatal la qual, només subjecta a autorització administrativa els negocis jurídics sobre la llicència (és a dir la pròpia transmissió o arrendament del títol habilitant), però no sobre les operacions de modificació accionarial de qualsevol mena. Cal tenir en compte, així mateix, que els articles 36 i 37 LGCA estableixen determinats límits en aquesta matèria tant en relació als prestadors de serveis de televisió com de ràdio. Sembla però que el compliment d'aquests límits es garanteix per part del legislador a través de la previsió d'un un mer control *a posteriori* a iniciativa del regulador audiovisual estatal (el CEMA), en el marc de les seves competències generals de supervisió de l'activitat dels prestadors privats. Regulador el qual, d'altra banda, només té la competència d'emetre informe en relació amb les operacions en matèria d'adquisició de participacions socials quan, pel fet de constituir operacions de concentració, hagin de ser autoritzades per la Comissió Nacional de la Competència (article 47.1.f) LGCA).

De fet, la potestat d'autorització prèvia de què disposa el regulador audiovisual català d'acord amb allò que estableix la LCA resulta un sistema de control *a priori* del compliment dels límits legals en matèria de pluralisme en el marc d'un règim jurídic en què originàriament s'havia establert una prohibició general de transmissió o qualsevol altra activitat de tràfic econòmic de la llicència corresponent. En efecte, diu l'article 56 LCA que “La llicència per a prestar serveis de comunicació audiovisual no és transmissible”.¹⁰ En conseqüència, i

10. El precepte, ja ho hem dit, resta suspès arran del recurs d'inconstitucionalitat plantejat pel President del Govern de l'Estat, concretament en els termes previstos a la Interlocutòria del Tribunal Constitucional de 18 de gener de 2007.

d'acord amb els articles 40 i 41 LCA, el règim esmentat d'autorització prèvia es preveu en relació als supòsits de modificació de l'estructura del capital i renovació dels títols (articles 40 i 41 LCA).

No es pot perdre de vista però que malgrat la suspensió de la vigència de l'article 56 LCA per part del Tribunal Constitucional, la realitat pràctica ha estat condicionada també per les previsions contingudes a la resta de la legislació aparentment vigent. D'una banda, per la prohibició de transmissió del títol concessionari en relació amb els prestadors de serveis de televisió, establerta per l'article 12 de la Llei 10/1988, de 3 de maig, de Televisió Privada (vigent fins l'1 de maig de 2010), i d'altra banda, per la possibilitat de la transmissió de les concessions administratives per a la prestació de serveis de ràdio, a l'empara del Decret 269/1998, de 21 d'octubre, del règim jurídic de les concessions per a la prestació del servei de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüència per a emissores comercials.

En aquest context es produeix una situació que mereix ser destacada: a Catalunya, el legislador autonòmic no només estableix tot un seguit de límits propis en matèria de protecció del pluralisme, sinó que remet l'aplicador de la norma (article 40.3 LCA) als criteris que s'hagin establert així mateix per part del legislador bàsic estatal. En el nou marc normatiu, i fruit de l'aplicació de la seqüència norma bàsica –norma de desenvolupament, correspondrà al regulador autonòmic aplicar *ex ante* uns criteris previstos a una norma estatal, els quals, més enllà de Catalunya, només serien objecte de verificació a posteriori d'acord amb l'esquema de la LGCA acabat de comentar.

En definitiva, i això no obstant, resulta qüestionable el manteniment de la vigència del requisit de l'autorització prèvia en matèria de modificació de l'estructura del capital dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual en el marc de la legislació autonòmica catalana, quan la llei bàsica estatal limita aquesta intervenció pública intensa en l'activitat dels prestadors privats només en els supòsits de transmissió de la llicència o bé d'arrendament d'aquesta. En aquest nou context normatiu presidit, com assenyalava l'exposició de motius de la norma estatal per "(...) la liberalització (...) i l'establiment d'un marc jurídic bàsic suficientment flexible per adaptar-se al dinamisme que, per definició té aquest sector davant la vertiginosa i contínua evolució tecnològica (...)", no sembla fàcil continuar sostenint un règim

d'autorització prèvia en operacions d'adquisició i transmissió de participacions socials.

2.4. Negocis jurídics sobre les llicències de comunicació audiovisual

En el marc de les consideracions anteriors, cal explicitar que l'article 29 LGCA regula els negocis jurídics sobre les llicències de comunicació audiovisual, i preveu i contempla la possibilitat (podríem dir que fins i tot un dret no susceptible d'eliminació en seu autonòmica) de la transmissió i l'arrendament dels títols habilitants. Ambdues operacions requereixen l'autorització prèvia (aquí sí de l'autoritat audiovisual competent): en el cas de Catalunya, òbviament continuaria essent, dins del seu àmbit de competència, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya. La regulació d'aquests negocis jurídics planteja algunes qüestions.

En la mesura en què la LGCA deroga la normativa anteriorment vigent en matèria de serveis privats de televisió ja no son aplicables els límits que per al còmput del pluralisme en l'àmbit local per als prestadors de serveis de televisió, venien establerts en l'article 19 de la Llei 10/1988, de 3 de maig, de Televisió Privada.

Concretament, la regulació del "Pluralisme en el Mercat Audiovisual Televisiu", en els termes previstos a l'article 36 LGCA, obvia qualsevol referència als prestadors de serveis de comunicació audiovisual televisiva d'àmbit local, els quals a nivell de norma bàsica estatal no es troben sotmesos a límits en matèria de pluralisme. Caldria, en tot cas, acudir a allò que estableix l'article 43 LCA:

"1. S'entén que hi ha una posició d'influència dominant quan un prestador de serveis de comunicació audiovisual controla un servei de televisió o de ràdio, o més d'un, que totalitza més d'un 25% de l'oferta en l'àrea de difusió en què els seus serveis de comunicació audiovisual són accessibles al públic.

2. El Consell de l'Audiovisual de Catalunya es pot basar en un percentatge inferior com a criteri per a determinar l'existència d'una posició d'influència dominant en una determinada àrea de difusió, que haurà de motivar adequadament."

D'altra banda, podem veure com des de la perspectiva de la regulació autonòmica, les limitacions o criteris a l'efecte de salvaguardar la garantia del pluralisme prenen com a referència un paràmetre ampli, això és, l'oferta dins l'àmbit territorial del prestador de serveis de comunicació, amb independència de si es tracta d'un prestador de serveis de ràdio o de televisió, el qual contrasta amb els límits més concrets previstos a la norma bàsica estatal, els quals inclouen percentatges d'audiència, capacitat dins de canals múltiples, percentatges de participació en el capital social del prestador corresponent o bé percentatges de canals dins l'àmbit de cobertura corresponent. Criteris a la seva vegada diferents en funció de si ens trobem davant de prestadors de serveis de ràdio o de televisió.

Per finalitzar aquest punt val la pena destacar ara que la LGCA ha introduït la figura de l'arrendament, com altre negoci jurídic sobre les llicències de comunicació audiovisual. L'arrendament ha permès, si més no, en un primer moment, regularitzar situacions que, *de facto*, venien funcionant com a tals, és a dir, freqüències o canals, respectivament, explotats per terceres persones alienes al titular, malgrat retenir aquest últim, com no podia ser d'altra manera, la responsabilitat editorial sobre els continguts emesos. Alhora, l'arrendament dota d'una solució alternativa a la transmissió, quan aquesta resta prohibida com a conseqüència dels compromisos *concessionaris* adquirits pel mateix prestador de serveis en el concurs d'adjudicació corresponent.

Aquesta figura, certament, és una autèntica novetat legislativa i no estava prevista de cap manera a la LCA. Això suposa, en primer lloc, entendre que l'arrendament de títols habilitants esdevé, en principi, possible també dins l'àmbit d'aplicació de la legislació audiovisual catalana, en la mesura en què constitueix un nou dret que es garanteix de forma general i bàsica a tots els prestadors de serveis de comunicació audiovisual. Ara bé, caldrà també dur a terme, per part del regulador català, una certa adaptació de l'actual realitat existent a aquest nou règim jurídic. En aquest sentit, en la mesura en què el títol habilitant ha esdevingut ja, clarament, la llicència i no el contracte administratiu per a la gestió indirecta del servei, segurament caldrà vehicular determinades fórmules o solucions utilitzades en el marc de la legislació de contractes de les Administracions públiques com ara la subcontractació (és a dir, l'atribució per part d'un concessionari a un tercer de la prestació material del servei), a través, precisament, de la nova figura de l'arrendament. D'altra banda, caldrà també que per

part del Consell de l'Audiovisual de Catalunya s'analitzi en cada cas, i a la vista dels compromisos particulars adquirits en el seu moment per part del prestador (s'entén, en el marc del procediment d'atorgament de la concessió), si aquests impedeixen la cessió a tercers de la gestió i en definitiva de la responsabilitat editorial en la prestació del servei a través de la figura de l'arrendament.

2.5. La publicitat, la televenda i el patrocini

El Títol VI LCA regula la publicitat, la televenda i el patrocini i comprèn, entre altres extrems, la quantitat de publicitat que es pot emetre, els límits diaris i horaris, el contingut, la presentació i la inserció dels missatges publicitaris durant la programació, tot incorporant a l'àmbit audiovisual, en l'essencial, les previsions contingudes a la legislació estatal general en matèria de publicitat que es trobava vigent en el moment d'aprovació de la norma.

De la mateixa manera que la Directiva de serveis de comunicació audiovisual, la LGCA, per la seva banda, dedica un precepte amplíssim a la definició dels conceptes que després seran objecte de regulació per part de la norma. Als efectes d'aquest anàlisi, cal partir del concepte de comunicació comercial audiovisual que preveu l'apartat 24 de l'article 2: "Les imatges o sons destinats a promocionar, de manera directa o indirecta, els béns, serveis o imatges d'una persona física o jurídica dedicada a una activitat econòmica. Aquestes imatges o sons acompanyen a un programa o s'hi inclouen a canvi d'una contraprestació a favor del prestador del servei. En tot cas, son formes de comunicació comercial audiovisual: el missatge publicitari televisiu o radiofònic, el patrocini, la televenda i l'emplaçament de producte".

La llei estatal acull i delimita, a més, conceptes no previstos a la Directiva de serveis de comunicació audiovisual, com la telepromoció, autopromoció, patrocini cultural i publicitat subliminal.

En qualsevol cas, resulta obvi que les definicions establertes a la LGCA responen a la voluntat d'establir un nou règim en matèria de comunicacions comercials en el marc dels serveis de comunicació audiovisual, i en aquest sentit és obvi també que en bona mesura desplaçaran i faran esdevenir inaplicables les contingudes a la norma catalana de desenvolupament.

L'anàlisi exhaustiva de la regulació estatal en matèria de comunicacions comercials audiovisuals requeriria un tractament summament extens, i amb una casuística concreta que excedeix, en molt a l'objecte d'aquest estudi. No obstant això, creiem oportú mostrar alguns exemples que poden resultar il·lustratius sobre la necessitat de dur a terme aquesta tasca interpretativa i la seva complexitat.

Limitacions a la presència de continguts publicitaris en el servei públic audiovisual a Catalunya

L'article 100 LCA estableix, entre d'altres, una doble limitació per a l'emissió de publicitat: preveu un límit de 10 minuts per hora per emetre publicitat i un altre de 12 minuts per hora per emetre publicitat, en totes les seves formes. Aquest límit té clarament el seu origen en les previsions contingudes a la legislació bàsica estatal (Llei 25/1994, de 12 de juliol, per la qual s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 1989/552/CEE sobre la coordinació de disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva) pel que fa concretament als continguts televisius en el moment de l'aprovació de la LGCA. Si bé aquesta norma no contenia la previsió després establerta pel legislador autonòmic, sí contenia en el seu article 13 una distinció quant a règim aplicable (sobre tot, pel que fa als límits quantitatius d'emissió) entre, d'una banda, publicitat i televenda, àmbit en què els límits eren més estrictes; i de l'altra, pel que fa a la inclusió d'altres formes de publicitat (transparències, microespais publicitaris, telepromocions, anuncis de patrocini, etc.), en relació amb les quals els límits temporals eren més amplis.¹¹ I és

11. El redactat de l'esmentat precepte era el següent: "1. El tiempo total dedicado a la emisión de publicidad en todas sus formas y a la televenda, con exclusión de los programas de televenda regulados en el apartado 3 de este artículo, no será superior al 20 % del tiempo diario de emisión. El tiempo de emisión dedicado a anuncios publicitarios no podrá superar el 15 % del tiempo total diario de emisión 2. Durante cada una de las horas naturales en que se divide el día, el tiempo de emisión dedicado a la publicidad en todas sus formas y a los anuncios de televenda, no podrá ser superior a diecisiete minutos. Respetando el límite anterior, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios y de televenda, excluida la autopromoción, no podrá superar los doce minutos durante el mismo período. 3. Cada canal de televisión podrá dedicar hasta tres horas al día a la emisión de programas de televenda. Estos programas tendrán una duración mínima ininterrumpida de quince minutos y deberán identificarse como tales, con toda claridad, por medios ópticos o acústicos. El número máximo diario de programas de televenda, difundidos por un canal de

obvi que és precisament sobre la base d'aquesta "filosofia" que el legislador autonòmic català articula aquesta limitació a dos nivells concretament dirigida als prestadors del servei públic de comunicació audiovisual.

Doncs bé, cal dir que l'esmentada filosofia ha desaparegut, tant de la Directiva de serveis de comunicació audiovisual com de la LGCA. Així, els supòsits que s'incloïen com a "altres formes de publicitat" s'han inclòs dins un únic límit per hora, de 12 minuts concretament. És en aquest context que cal interpretar ara l'article 100 LCA. Segons el nostre parer, en la mesura en què els textos que originàriament varen fonamentar (o "inspirar", si es vol) la seva redacció han estat substituïts per una nova norma bàsica, fins a una hipotètica modificació de la llei autonòmica resultaria necessari dur a terme una interpretació coherent de la LCA, tot entenent inaplicable el límit de 10 minuts abans esmentat i romanent el de 12 minuts per hora.

Emissions de programes de televenda en canals que no es dediquen exclusivament a aquesta activitat

L'apartat 4 de l'article 99 LCA, a l'igual que ho feia l'apartat 2 de l'article 18 bis de la Directiva de televisió sense fronteres (substituïda per la Directiva de serveis de comunicació audiovisual) i l'apartat 3 de l'article 13 de la Llei de l'Estat 25/1994, possibilita que el prestador de serveis de televisió pugui dedicar fins tres hores al dia a l'emissió de continguts de televenda. Aquestes emissions han de tenir una durada mínima ininterrompuda de quinze minuts i s'han d'identificar com a tal, amb tota claredat, per mitjans òptics i acústics. Es poden difondre com a màxim vuit programes de televenda per un canal de televisió no dedicat exclusivament a aquesta activitat (...)"

D'una lectura comparada de l'apartat 3 de l'article 13 de la Llei de l'Estat 25/1994, de 12 de juliol, amb la LCA, es pot apreciar com la

televisión no dedicado exclusivamente a esta actividad, será de ocho. 4. A efectos del presente artículo, no tendrán la consideración de publicidad los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, ni los realizados por el operador de televisión en relación con sus propios programas."

Llei catalana recull les previsions contingudes tant a l'article 18 bis de la Directiva de televisió sense fronteres com a l'esmentada norma estatal, i estableix, per tant, els mateixos límits en relació amb el número de programes i amb les hores d'emissió.

A diferència de la qüestió anterior, aquí el problema creiem que és força diferent: de la Directiva de serveis de comunicació audiovisual ha desaparegut el límit dels vuit programes i de les tres hores al dia d'emissió. L'article 24 de la Directiva de serveis de comunicació audiovisual, compilada el 2010, únicament estableix que "Los espacios de televenta deberán ser fácilmente identificables como tales por medios ópticos y acústicos y tendrán una duración mínima ininterrumpida de 15 minutos".¹²

El nou redactat de la norma comunitària, passa quasi literalment, a la LGCA, en què l'article 15 diu: "1. els prestadors del servei de comunicació audiovisual tenen el dret a emetre missatges de venda per televisió. L'emissió televisiva d'aquests missatges s'ha de fer en els termes que preveuen l'article anterior i la normativa específica sobre publicitat"; i que "2. els prestadors del servei de comunicació audiovisual tenen el dret a emetre programes de televenta sempre que tinguin una durada ininterrompuda mínima de 15 minuts".

Per tant, la situació és la següent: tant la Directiva de serveis de comunicació audiovisual com la Llei bàsica estatal regulen un règim que si el comparem amb el de la Llei catalana (article 99.4), en subsistiria l'obligació que els programes de televenda hagin de tenir una durada ininterrompuda mínima de 15 minuts. I, novament, el dubte es produeix en termes de legislació bàsica i legislació autonòmica de desenvolupament: la LCA conté, efectivament, una regulació més restrictiva. I aquesta restricció podria ser interpretada com a legítima, en

12. Aquest canvi ja es va plantejar en els treballs preparatoris previs a l'adopció de la Directiva de serveis de comunicació audiovisual al 2007, en què la Comissió va manifestar la conveniència de suprimir aquests límits en relació amb l'emissió de programes de televenda. D'aquesta manera, pel que fa al límit de les 3 hores diàries, la Comissió posava de relleu que "(...) The current three-hours-per-day limit on advertising would be dropped –in practice–, no non-specialist TV channel in Europe comes near it, so it is clearly superfluous and incompatible with the principle of better regulation (...)".

Cal fixar-se però, en quin és el motiu que s'adduïa, és a dir, perquè, en definitiva, segons aquest mateix document, es considerava innecessari.

la mesura en què simplement del que es tractaria és que el legislador autonòmic incorporaria regulacions addicionals a les ja previstes per la norma bàsica, la qual en cap cas es podria considerar vulnerada per aquest fet.

Ara bé, sobre aquesta qüestió s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional en més d'una ocasió. En efecte, El Tribunal Constitucional s'ha ocupat de forma reiterada dels casos relatius a matèries en que, segons el repartiment constitucional de competències, li correspondria a l'Estat aprovar les bases i a les comunitats autònomes el desenvolupament, i el legislador autonòmic en aquest context es limita a reproduir preceptes de la legislació bàsica. En aquests casos, el Tribunal Constitucional considera que la comunitat autònoma actua fora del seu àmbit de competències, entenent que aquest precepte autonòmic, que es mera reproducció de la normativa estatal, incorreria en inconstitucionalitat (i per tant seria nul) romanent vigent aquesta regulació en tant que legislació bàsica estatal (d'aplicació directa, segons ha senyalat també el Tribunal Constitucional), no pas com legislació autonòmica.¹³

La conclusió que caldria extreure d'aquesta doctrina és la inconstitucionalitat (i, en conseqüència, nul·litat) d'aquelles normes autonòmiques que són mera reproducció de la legislació bàsica estatal, en especial quan el precepte bàsic reproduït és derogat o modificat subsistent, formalment, la norma autonòmica de mera reproducció. És evident però que aquesta nul·litat haurà de ser declarada formalment per part del Tribunal Constitucional (ja hem dit que la LCA ha estat, precisament, objecte de qüestionament davant de l'alt tribunal), romanent mentrestant la presumpció de constitucionalitat de què gaudeix qualsevol norma jurídica. Això no obstant, aquest fet no impedeix, com és lògic, aplicar a aquest supòsit la clàusula constitucional de prevalença del dret estatal que hem anat utilitzant com a eina interpretativa al llarg d'aquestes pàgines. Segons el nostre parer, el fet que la norma autonòmica hagués transcrit la literalitat de la norma bàsica estatal, unit a la modificació d'aquesta darrera, permeten interpretar, més enllà de qualsevol altra consideració, que es produeix un desplaçament d'allò establert per part del legislador autonòmic i que,

13. Així ho ha considerat, com dèiem, el Tribunal Constitucional, entre altres, en les sentències 10/1982, de 23 de març, 62/1991, de 22 de març, i 341/2005, de 21 de desembre.

per tant, ara com ara procedeix en aquesta matèria l'aplicació directa de la norma bàsica estatal.

2.6. Règim d'infraccions i sancions

En matèria de règim sancionador, la jurisprudència constitucional ha vingut establint, reiteradament, que les comunitats autònomes amb competència substantiva en una matèria, poden adoptar mesures sancionadores i també normes reguladores de les infraccions i les sancions, tenint en compte els principis bàsics de l'ordenament estatal (Sentència del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de novembre)¹⁴ i, sempre i quan no introdueixin divergències irraonables o desproporcionades (Sentència del Tribunal Constitucional 168/1993 de 20 de setembre).¹⁵

En aquest sentit, la regulació de les infraccions i sancions establerta a la LCA es troba doncs limitada pels principis bàsics de l'ordenament estatal. En qualsevol cas, a més, haurà de tenir en compte les condicions bàsiques i necessàries per garantir el principi d'igualtat en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals (art. 149.1.1 CE). Ara bé, el propi Tribunal Constitucional s'ha cuidat de precisar que la invocació a la igualtat no pot desembocar en cap cas, en una igualtat formal absoluta que comportaria, inevitablement, la subsegüent invasió de les competències autonòmiques.

14. "(...) Esta regulación básica debe respetar un margen de desarrollo normativo lo suficientemente amplio como para permitir a las Comunidades Autónomas competentes en la materia adoptar las opciones organizativas que mejor se acomodan a sus necesidades e intereses, sin olvidar tampoco en este punto, conforme a la doctrina sentada en las citadas Sentencias constitucionales, que «no pueden considerarse incluidas en el marco estatal básico aquellas normas que no resultan justificadas por el objetivo de garantizar los principios básicos que informan el modelo organizativo diseñado por el legislador estatal»." (FJ 24).

15. "(...) Es una regla de deslinde competencial muy reiterada por este Tribunal que la titularidad de la potestad sancionadora va normalmente pareja, como instrumental, a la competencia sustantiva de que se trate; de suerte que la imposición de sanciones administrativas por las Comunidades Autónomas sólo se justifica cuando tengan competencias en la materia y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen aplicable a otras partes del territorio [SSTC 87/1985, fundamento jurídico 8.º; 137/1986, fundamento jurídico 3.º; 48/1988, fundamento jurídico 25; 152/1988, fundamento jurídico 14 y 15/1989, fundamento jurídico 10, entre otras muchas] (...)" (FJ 8).

A aquests efectes, la jurisprudència constitucional ha assenyalat que les condicions bàsiques establertes a l'article 149.1.1 CE fan referència, amb caràcter general, al contingut primari del dret. En concret, en els termes següents:

“Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta. Como hemos insistido, si por «condiciones básicas» hubiera de entenderse cualquier condición «material», obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 CE, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas”. (Sentència del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de març, FJ8).

Ateses aquestes consideracions, podem establir que, amb caràcter general, totes les conductes tipificades com a infracció a la LGCA hauran de tenir el seu equivalent o correlat en la tipificació portada a terme per part de la LCA. Això no obstant, és possible l'articulació autonòmica d'una tipificació diferent (per exemple, una infracció lleu a la legislació estatal pot esdevenir greu per decisió del legislador autonòmic), llevat d'aquelles infraccions que la Llei bàsica tipifica com a infraccions molt greus, les quals s'han de mantenir com a tals a nivell autonòmic. A aquests efectes, és especialment significativa la Sentència del Tribunal Constitucional 87/1985 de 16 de juliol que entén que l'article 149.1.1 de la Constitució no esdevé infringit si la normativa autonòmica sanciona, encara que amb diferent tipificació, una conducta també considerada il·lícita a l'ordenament general i la sanció és en relació amb el mateix bé afectat pel dret sancionador estatal.

En relació amb aquesta tipificació de les conductes infractores, cal posar de manifest que algunes de les conductes tipificades com a infraccions administratives a la LGCA no varen ser previstes en el seu

dia pel legislador autonòmic català a través de la LCA, per la qual cosa, i sens perjudici de l'aplicació directa de l'ordenament estatal, és evident que resulta convenient que el legislador autonòmic modifiqui la LCA, tenint en compte especialment, i val la pena reiterar-ho, la seva vinculació en relació amb les infraccions molt greus estatals.

Així mateix, pel que fa a la modulació de les sancions, en especial de les sancions pecuniàries, l'element clau a ser respectat per part del legislador autonòmic són els topalls fixats per part de la norma bàsica estatal (Sentència del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de juliol), principi el qual es respecta en la norma autonòmica catalana, on les quanties previstes són sempre inferiors a les de la norma bàsica estatal, menys favorable en aquest cas. Podem entendre doncs que els prestadors de serveis de comunicació audiovisual que resten subjectes a la normativa autonòmica es podran "beneficiar" ara com ara d'aquesta previsió del legislador autonòmic, la qual hem d'entendre, en qualsevol cas, que s'adequa a la dimensió i capacitat econòmica dels prestador que es troben sota la seva competència (art. 2 LCA).

Finalment, resulta oportú posar de relleu l'eventual desajustament en relació amb les persones responsables de la comissió d'infraccions que existeix entre la LCA i la normativa estatal, tot tenint en compte en qualsevol cas les limitacions que ja jurisprudència constitucional ha previst en relació amb aquesta matèria, especialment pel que fa a la impossibilitat que el legislador autonòmic amplii el nombre de subjectes responsables (Sentència del Tribunal Constitucional 48/1988, de 22 de març).¹⁶ Concretament, l'article 61 LGCA estableix literalment que "no incorre en responsabilitat administrativa el prestador del servei de comunicació audiovisual, ni els prestadors dels serveis de comunicació electrònica i de servei de catàleg de programes, quan emetin comunicacions comercials elaborades per persones alienes al prestador i que suposin una infracció d'acord amb la normativa vigent sobre publicitat. No obstant això, el prestador del servei ha de

16. "(...) la ley autonómica no puede ampliar el ámbito personal de responsabilidad disciplinaria que forma parte de aquellas bases (...)" i "(...) la previsión, por parte de las leyes autonómicas, de una sanción tan grave como la destitución de los órganos de gobierno, no contemplada en la legislación estatal, supone en definitiva una diferencia de trato sustancial o salto sancionador cualitativo que rompe la unidad en lo fundamental del esquema sancionatorio (...)".

cessar en l'emissió d'aquesta comunicació comercial al primer requeriment de l'autoritat audiovisual o de qualsevol organisme d'autoregulació a què pertanyi". Aquesta previsió xocaria amb les previsions contingudes a la LCA, les quals estableixen una responsabilitat completa dels prestadors de serveis de comunicació audiovisual en relació amb els continguts de caràcter comercial que difonen. En conseqüència, és obvi que aquest extrem contingut a la legislació autonòmica queda ara desplaçat per allò previst pel legislador estatal.

3. Conclusions sobre l'adequació de la LGCA a l'ordre constitucional de distribució de competències

L'aprovació per part de les Corts de la LGCA va generar en el seu dia una certa controvèrsia política a Catalunya, especialment des del punt de vista de la seva hipotètica vulneració de l'ordre constitucional i estatutari de distribució de competències.

La primera qüestió que cal destacar en aquest terreny és el fet que es tracta d'una matèria on segurament el debat jurídic i el debat polític han estat barrejats. En aquest sentit, cal tenir en compte que d'acord amb el joc de la clàusula de prevalença en els termes que han estat ja explicitats abans, la LGCA com a legislació bàsica té l'efecte de desplaçar aquelles previsions contingudes a la LCA com a legislació autonòmica de desenvolupament en els supòsits en què l'encaix entre ambdós cossos normatius esdevingui impossible. Aquest efecte de desplaçament efectivament es produeix, ja ho hem explicitat, en alguns casos, si bé cal admetre que aquesta circumstància s'ha vist en certa mesura amplificada en la mesura que cal admetre que segurament el legislador bàsic estatal parteix d'un "model" de política jurídica en matèria d'intervenció en el sector de la comunicació audiovisual, el qual difereix en alguns aspectes dels principis i criteris que varen inspirar la redacció de la norma catalana. No ens podem endinsar aquí en aquest tipus de valoració, com és evident. Això no obstant, una lectura general d'ambdues normes ens posa de manifest com mentre el legislador català va preferir en el seu moment articular un model legislatiu basat en un cert grau d'aprofundiment de les normes mínimes i bàsiques que emanen del model europeu, tot establint una sèrie de criteris detallats en àrees com la protecció del pluralisme, la definició del servei públic i la garantia de la seva viabilitat, l'establiment d'una autoritat de regulació sòlida i dotada de les màximes atribucions

en un model cal d'independència, així com preveient una normativa detallada i circumstanciada en la protecció dels ciutadans front a determinats continguts comercials; el legislador estatal ha dissenyat una norma principalment orientada a garantir un cert espai i marge d'actuació en favor del sector privat i empresarial de la comunicació audiovisual, amb una autoritat de regulació que no assumeix totes les competències que podrien correspondre-li d'acord amb els models europeus comparats en vigor, tot articulant una regulació de mínims en relació amb el servei públic, posposant un mínim esquema o model regulatori en relació amb els nous serveis audiovisuals, i articulant un marc de regulació de les comunicacions comercials que no aniria gaire més enllà dels mínims ja establerts per part de la Directiva europea.

Aquestes diferències generaran, en alguns casos, senzillament l'efecte que els prestadors de serveis de comunicació audiovisual d'àmbit estatal restin sotmesos a una normativa menys "intervencionista" que la vigent a Catalunya. Cal tenir present, en aquest sentit, que la LGCA no és només norma bàsica estatal, sinó també norma general sectorial en relació amb aquells prestadors que no caiguin dins l'àmbit de competència autonòmic (article 1 LGCA). Aquesta diferència de regulacions, ho sabem prou bé, no planteja problemes en aquells supòsits en què es respecti el contingut de les bases estatals, en la mesura en què precisament és un dels trets propis de qual-sevol sistema polític descentralitzat.¹⁷ Ara bé, en relació amb els supòsits en què la divergència de models legislatius incideix directament en allò que es considera com a part integrant de les bases estatals, és evident que el desplaçament de la norma autonòmica suposarà una afectació directa a algunes qüestions que han format part fins l'any 2010 dels eixos centrals del "model català" (el concret sistema de control del pluralisme que hem vist abans n'és segurament un bon exemple). Evidentment que això pot ser discutible i que pot generar un profund desacord polític, però és igualment cert que en el nostre model vigent de distribució de competències aquesta és una circumstància que se situa clarament dins dels marges de la Constitució i l'Estatut.

Sens perjudici de tot l'anterior, val la pena recordar que el Govern de la Generalitat va sol·licitar, el novembre de 2010, un Dictamen al Consell de Garanties Estatutàries a propòsit de l'adequació a la Constitució i l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de tot un seguit d'articles de la LGCA, vinculats essencialment a la definició de l'abast territorial de les competències en la matèria i les conseqüències que això té en àmbits com ara l'atorgament de llicències, la funció de servei públic audiovisual i el seu control, l'àmbit d'actuació del CEMA o alguns aspectes generals del règim sancionador així com l'establiment de les normes bàsiques relatives a un ampli ventall de matèries com ara els drets del menor, els drets de les persones amb discapacitat, la reserva d'espai radioelèctric als prestadors públics, els mecanismes de finançament dels esmentats prestadors, els serveis sense ànim de lucre i el títol competencial sobre la base del qual es dicta l'esmentada Llei.

És evident que no podem entrar en detall en totes aquestes qüestions, en relació amb les quals val la pena remetre al lector a les consideracions efectuades de forma unànime per part del Consell en el seu Dictamen.¹⁸ Cal destacar, però, en termes generals, que aquest organisme avala l'adequació al bloc de constitucionalitat dels diferents preceptes objecte de la consulta. En aquest sentit, considera el Consell que la LGCA, d'una banda, estableix l'abast territorial dels serveis matèries competència de l'Estat sense interferir ni impedir l'exercici de competències autonòmiques en relació amb els prestadors (públics i privats) de la seva competència, i d'altra banda, configura tot un seguit de normes bàsiques les quals es cap supòsit ultrapassen allò que es considera de manera general l'àmbit propi d'aquest tipus de normes, deixant en tot cas un marge suficient per a la tasca de desenvolupament que correspon al legislador autonòmic.

Dit això, creiem necessari fer dos apunts finals sobre aquesta específica problemàtica.

En primer lloc, cal advertir que el retret d'"anti-estatutòria" del Govern de la Generalitat va ser formulat amb anterioritat a la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny, i sobre

18. Dictamen 25/2010, de 22 de desembre.

la base de la noció de “bases” que hom podia desprendre de l'article 111 de l'Estatut, en la seva redacció íntegra (precisament anul·lada en part per l'esmentada resolució). El Tribunal Constitucional va afirmar, tal com és prou conegut, que la redacció original de l'article 111 era excessivament “rígida” i li impedia de disposar de la flexibilitat suficient per a determinar, en cada matèria, l'abast exacte d'allò que cal ser considerat com a bàsic. Per aquest motiu, el paràmetre de control que el Consell de Garanties Estatutàries empra en el seu Dictamen és el que es desprèn de la jurisprudència recaiguda des de l'any 1980 a propòsit de la noció general i material de les bases, així com de la delimitació d'aquestes en matèria audiovisual.

En segon lloc, el Consell de Garanties Estatutàries deixa obert o no resolt del tot el debat i la problemàtica a propòsit de l'abast territorial de les competències estatal i autonòmica en aquesta matèria, particularment des del punt de vista del que podem anomenar el “punt de connexió”.

D'una banda, l'article 2.3 LGCA estableix el següent:

“3. Servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal.

Se considera servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal:

a) El servicio público de comunicación audiovisual cuya reserva para la gestión

directa haya sido acordada por el Estado.

b) El servicio de comunicación audiovisual cuya licencia haya sido otorgada por el Estado.

c) El servicio de comunicación audiovisual que se presta para el público de más de una Comunidad Autónoma. Sin embargo, no será considerado de cobertura estatal en los supuestos de desbordamientos naturales de la señal en la emisión para el territorio en el cual se ha habilitado la prestación del servicio.”

D'altra banda, l'article 146.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya diu que:

"Correspon a la Generalitat, en matèria de serveis de ràdio i televisió, i també de qualsevol altre servei de comunicació audiovisual:

a) (...)

b) La competència compartida sobre la regulació i el control dels serveis de comunicació audiovisual que utilitzin qualsevol dels suports i de les tecnologies disponibles dirigits al públic de Catalunya, i també sobre les ofertes de comunicació audiovisual, si es distribueixen al territori de Catalunya".

Finalment, la LCA havia ja previst al seu article 2 les següents previsions:

"Àmbit d'aplicació subjectiu

Els preceptes que estableix aquesta llei s'apliquen:

a) Als mitjans de comunicació audiovisual de la Generalitat i dels ens locals de Catalunya.

b) Als prestadors de serveis de comunicació audiovisual que utilitzen l'espectre radioelèctric a l'empara d'una llicència atorgada pel Consell de l'Audiovisual de Catalunya d'acord amb aquesta llei.

c) Als prestadors de serveis de comunicació audiovisual que tenen el domicili a Catalunya o bé hi exerceixen principalment llurs activitats.

d) Als operadors de xarxes i serveis de comunicació electrònica i als distribuïdors de serveis de comunicació audiovisuals que es dirigeixen al públic de Catalunya, pel que fa a les obligacions i les responsabilitats que determina aquesta llei.

e) Als subjectes no inclosos en les lletres a, b i c que difonen continguts específicament dirigits al públic de tot o part del territori de Catalunya, pel que fa al compliment de les obligacions que estableixen els títols V i VI."

Com podem comprovar, els punts de connexió que es preveuen en aquests tres textos legals no són idèntics, especialment si centrem

la nostra atenció en el que constitueix el punt més delicat d'aquesta problemàtica, és a dir, els serveis de comunicació audiovisual que no utilitzen l'espectre radioelèctric i que per tant no es troben subjectes a l'obtenció d'una llicència prèvia, sinó a l'obligació de comunicar a l'autoritat competent l'inici de la seva activitat. I és precisament en la identificació d'aquesta autoritat (estatal o autonòmica) on poden sorgir les qüestions més complexes. En aquest sentit, mentre la LGCA estableix un criteri de cobertura o territorial (en funció si els continguts corresponents arriben al públic de més d'una comunitat autònoma), l'Estatut establiria un criteri més finalista i qualitatiu (continguts "dirigits" al públic de Catalunya)¹⁹ i la LCA es basa fonamentalment en el criteri típic del dret comunitari del lloc d'establiment.

Pensem concretament en el cas d'un prestador de serveis de comunicació audiovisual (de qualsevol mena, ja sigui ràdio o televisió convencional, o fins i tot serveis sota demanda) que presta els seus serveis a través d'una tecnologia com és l'associada a la plataforma d'Internet, on els límits territorials són, com és prou sabut, inexistents. Doncs bé, si interpretem literalment la LGCA i en certa mesura també allò que ha dit el Tribunal Constitucional a la Sentència 31/2010, arribarem a la conclusió que les noves tecnologies (i l'eliminació de barreres territorials que aquestes suposen) comporten la total eliminació de les competències autonòmiques en la matèria, en la mesura que ja no podem parlar de serveis que només son "rebutts" (excepte els casos de "desbordament", terminologia per cert típicament radioelèctrica) dins del territori acotat d'una comunitat autònoma.

Resulta però acceptable traslladar de forma automàtica un criteri territorial plenament coherent amb el model tradicional radioelèc-

19. Cal dir però que el Tribunal Constitucional, de manera més aviat superficial, es va limitar a valorar i interpretar aquest incís, tot afirmant en la Sentència 31/2010: "que el precepto concrete la competencia autonómica de regulación y control de los servicios de comunicación audiovisual a los supuestos en que las emisiones se dirijan específicamente «al público de Cataluña» es, asimismo, adecuado al orden constitucional de competencias, pues, de un lado, hay que entender que se trata en todo caso de emisiones que parten de Cataluña y allí se reciben y, de otro, que de no hacerse así, dada la expansión supraterritorial de las emisiones, se produciría una paralela expansión supraterritorial indebida de la competencia autonómica, que ha de estar supeditada a la normativa básica del Estado." Així mateix, s'habilita al legislador bàsic estatal per a que "incluya en la normativa básica correspondiente los puntos de conexión que considere convenientes para evitar conflictos entre los distintos ordenamientos integrantes de nuestro ordenamiento constitucional." (FJ 89).

tric al nou context digital d'Internet? Dos elements haurien de fer-nos reflexionar i resoldre de manera més precisa i acurada aquesta matèria. El primer, el fet que l'Estatut parla de continguts "dirigits" al públic de Catalunya. Certament, elements com ara el destinatari, la llengua emprada, el mercat en què es competeix i els propis referents culturals sembla que haurien de tenir alguna rellevància a l'hora de determinar l'àmbit subjectiu de competència. En segon lloc, no podem deixar de banda un criteri d'atribució de competències com el del lloc d'establiment, sòlidament consolidat a la legislació comunitària i que apareix amb especial èmfasi al propi text de la Directiva de serveis audiovisuals. En definitiva, cal tenir en compte que a escala de la Unió Europea allò que determina la competència sobre un determinat prestador de serveis audiovisuals no és ja el seu abast territorial (a Europa s'assumeix ja com a normal el fet de rebre, a través de tecnologies diverses, continguts originats en altres Estats membres), sinó precisament el lloc on es troba establert i es prenen les decisions editorials principals.

4. Llista de referències

Llibres

ALBERTÍ, Enoch; AJA, Eliseo; FONT, Tomàs; PADRÓS, Xavier; TORNOS, Joaquim, *Manual de Dret Públic de Catalunya*, Barcelona: Marcial Pons-IEA, 2002.

BARATA MIR, Joan, *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos para una reforma del régimen español*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

BARATA MIR, J., "Las nuevas formas de comunicación audiovisual", a Muñoz Machado, S., *La nueva Ley General de la Comunicación Audiovisual*, Madrid: Iustel (en premsa).

LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos, *Televisión y competencia*, Madrid: La Ley, 2000.

TORNOS MAS, Joaquín, *Las autoridades de regulación audiovisual*, Madrid: Marcial Pons, 1999.

Legislació i jurisprudència

Llei 4/1980, de 10 de gener, de l'Estatut de la ràdio i la televisió.

Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional.

Llei 10/1988, de 3 de maig, de Televisió Privada.

Llei 25/1994, de 12 de juliol, per la qual s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 1989/552/CEE sobre la coordinació de disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres relatives a l'exercici d'activitats de radiodifusió televisiva.

Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya.

Llei 11/2007, d'11 d'octubre, reguladora de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals.

Llei 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual.

Directiva 2010/13/UE, de 10 de març, del Parlament Europeu i del Consell sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres en relació amb la prestació de serveis de comunicació audiovisual.

Decret 269/1998, de 21 d'octubre, del règim jurídic de les concessions per a la prestació del servei de radiodifusió sonora en ones mètriques amb modulació de freqüència per a emissores comercials.

Sentència del Tribunal Constitucional 10/1982, de 23 de març.

Sentència del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de juliol.

Sentència del Tribunal Constitucional 48/1988, de 22 de març.

Sentència del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de novembre.

Sentència del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de març.

Sentència del Tribunal Constitucional 168/1993 de 20 de setembre.

Sentència del Tribunal Constitucional 127/1994, de 5 de maig.

Sentència del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de març.

Sentència del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de desembre.

Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 20 de juny de 1989, *Groppera Radio i altres*.

RESUM

L'aprovació de la Llei estatal 7/2010, de 31 de març, general de la comunicació audiovisual representa una fita realment important dins del panorama legislatiu del nostre país. Es pot afirmar que aquesta Llei suposa la culminació d'un esforç polític i legislatiu desplegat durant dècades, orientat a dotar finalment Espanya d'una norma bàsica en matèria de serveis de comunicació audiovisual. D'altra banda, també per primer cop ens trobem davant d'una norma reguladora d'aquest sector de la comunicació de forma transversal i per tant sobre la base d'un criteri de neutralitat tecnològica, amb una estructura sistemàtica i que intenta situar-se i fins i tot avançar-se al nivell existent de desenvolupament tecnològic. Catalunya s'havia avançat a l'Estat i havia aprovat l'any 2005 la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya, amb la voluntat d'esdevenir una norma sistemàtica i reguladora del conjunt de la comunicació audiovisual de Catalunya. Resulta, doncs, especialment interessant analitzar algunes de les possibles divergències o desajustaments entre la norma bàsica estatal i la llei capçalera de la comunicació audiovisual a Catalunya. Tot plegat, lògicament, sens perjudici que en alguns casos ens haguem de plantejar, en darrera instància, fins a quin punt la Llei estatal encaixa amb el concepte constitucional de bases o bé es mou dins d'una interpretació excessivament extensiva que envairia l'àmbit competencial autonòmic en matèria de desenvolupament.

Paraules clau: serveis audiovisuals; distribució de competències; dret europeu; relacions entre ordenaments.

RESUMEN

La aprobación de la Ley estatal 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual representa un hito realmente importante dentro del panorama legislativo de nuestro país. Se puede afirmar que esta Ley supone la culminación de un esfuerzo político y legislativo desarrollado durante décadas, orientado a dotar finalmente a España de una norma básica en materia de servicios de comunicación audiovisual. Por otra parte, también por primera vez nos encontramos ante una norma reguladora de este sector de la comunicación de forma transversal y, por lo tanto, sobre la base de un criterio de neutralidad tecnológica, con una estructura sistemática y que intenta, asimismo, situarse e incluso adelantarse al nivel existente de desarrollo tecnológico. Cataluña se había avanzado al Estado y había aprobado en el año 2005 la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña, con la voluntad de convertirse en una norma sistemática y reguladora del conjunto de la comunicación audiovisual de Cataluña. Resulta, pues, especialmente interesante analizar algunas de las posibles

divergencias o desajustes entre la norma básica estatal y la ley de referencia de la comunicación audiovisual en Cataluña. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de que en algunos casos nos tengamos que plantear, en última instancia, hasta qué punto la Ley estatal encaja con el concepto constitucional de bases o si se mueve dentro de una interpretación excesivamente extensiva que invadiría el ámbito competencial autonómico en materia de desarrollo.

Palabras clave: servicios audiovisuales; distribución de competencias; derecho europeo; relaciones entre ordenamientos.

ABSTRACT

The approval of the Law of the Spanish Parliament on general audiovisual communication (Ley 7/2010) is a really important milestone in the media legislative framework. This law represents the culmination of a political and legislative effort, which has been deployed for decades, designed to finally give Spain a basic standard in terms of regulation of audiovisual communication services. On the other hand, for the first time a legal instrument will have the capacity to cover the sector of audiovisual communication on a horizontal basis, with a systematic structure, and respecting the principle of technological neutrality and the existing level of technological development. Catalonia had already been done this job and approved the Law 22/2005 of 29 December, on audiovisual communication in Catalonia with the aim of becoming a standard set of systematic regulations on audiovisual communications in Catalonia. It is therefore particularly interesting to analyse some of the possible differences and imbalances between the basic law just enacted at Central Government level and the pre-existing Catalan legislative framework in this sector. Of course, in some cases it should be to considered, ultimately, to what extent the Spanish law does respect the constitutional rules regarding the distribution of competences, or moves within an overly extensive interpretation of the notion of "basic legislation".

Key words: audiovisual communications services; distribution of competences; European Law; priority standards across co-existing legislative regulations.